

# Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit

*Astrid Epiney / Robert Mosters / Sarah Theuerkauf*

**Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:**

***Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, in: Astrid Epiney/Florence Rivière/Sarah Theuerkauf/Markus Wyssling (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de Droit européen 2004/2005, Zürich/Bern 2005, S. 41-70. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.***

## A. Einleitung

Im Anschluss an den Beitrag im Jahrbuch 2004<sup>1</sup> werden im Folgenden die wesentlichen Linien in der Entwicklung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) im Bereich der Personenfreizügigkeit des Jahres 2004 skizziert. Zudem erfolgt eine kurze Bewertung, die den Weg für eine gezielte, tiefer gehende Betrachtung ebnen soll. Dabei wird keine Vollständigkeit in dem Sinne angestrebt, dass alle im Berichtszeitraum ergangenen Urteile berücksichtigt werden; vielmehr werden nur die aus unserer Sicht für die Rechtsentwicklung auf dem Gebiet der Personenfreizügigkeit besonders relevanten und richtungsweisenden Urteile erläutert.

Thematisch konzentrieren sich die dargestellten Urteile auf das allgemeine Diskriminierungsverbot und die Unionsbürgerschaft nach Art. 12, 17 und 18 EGV (B.), die Arbeitnehmerfreizügigkeit gemäss Art. 39 EG (C.) sowie den Bereich der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 43, 49 EG, D.).

Wo dies erwähnenswert ist, wird auf die Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für die Rechtslage in der Schweiz, insbesondere im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens<sup>2</sup>, eingegangen. Allerdings ist es im Rahmen dieses Beitrages nicht möglich, für alle Rechtsgebiete die Rechtslage in der Schweiz zu analysieren und auf ihre Vereinbarkeit mit dem Abkommen oder dem entsprechenden Gemeinschaftsrecht zu überprüfen, sondern es erfolgt eine Beschränkung auf die mögliche Relevanz der Urteile bei der Anwendung des Personenfreizügigkeitsabkommens. Dabei gehen die folgenden Ausführungen grundsätzlich davon aus, dass auch neue Urteile – also diejenigen, die nach dem

---

<sup>1</sup> *Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, SJER 2003, 2004, 85 ff.*

<sup>2</sup> Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit (FZA), BBl 1999, 7027 ff.; ABi 2002 L 114, 6 ff.

21.6.1999 (Unterzeichnung des Abkommens) ergangen sind, unter gewissen Voraussetzungen bei der Anwendung des Abkommens von Bedeutung sein können<sup>3</sup>.

## **B. Diskriminierungsverbot und Unionsbürgerschaft (Art. 12, 17 und 18 EG)**

### **I. Aufenthaltsrecht der Unionsbürger (EuGH, Rs. C-200/02, *Zhu und Chen*)**

#### **1. Sachverhalt und Leitlinien des Urteils**

In der Rs. C-200/02<sup>4</sup> präzisierte der EuGH die Tragweite des sich aus der Unionsbürgerschaft ergebenden Aufenthaltsrechts der Unionsbürger. Zu entscheiden war die Frage, ob eine minderjährige Unionsbürgerin im Kleinkindalter und ihre die Staatsangehörigkeit eines Drittstaates besitzende Mutter ein Aufenthaltsrecht in der Union haben. Die minderjährige *Kunquian Catherine Zhu* (im Folgenden: *Catherine*) hatte aufgrund des in Irland geltenden *Ius soli* die irische Staatsangehörigkeit erworben, nachdem sich ihre Mutter gezielt für die Geburt nach Nordirland begeben hatte. Der *Secretary of State for the Home Department* lehnte es ab, *Catherine* und ihrer Mutter, Frau *Chen*, eine dauerhafte Aufenthaltserlaubnis für das Vereinigte Königreich zu erteilen. Die gegen diese Entscheidung angerufene *Immigration Appellate Authority* legte dem EuGH u.a. die Frage vor, ob Art. 1 der RL 73/148/EWG<sup>5</sup> oder Art. 1 der RL 90/364/EWG<sup>6</sup> *Catherine* das Recht gibt, nach Grossbritannien einzureisen und sich dort aufzuhalten und ob daraus abgeleitet ihrer Mutter ebenfalls ein Aufenthaltsrecht zukommt.

Der Gerichtshof bejahte im Ergebnis die Frage nach dem Aufenthaltsrecht unter direkter Bezugnahme auf die Unionsbürgerschaft (Art. 18 Abs. 1 EG), allerdings unter der Voraussetzung des Bestehens einer Krankenversicherung des Kindes sowie der Sicherung des Unterhalts, damit eine Belastung der öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaates durch den Minderjährigen verhindert werde (Art. 1 Abs. 1 der RL 90/364). Dem für das Kind sorgenden Elternteil stehe ebenfalls ein (abgeleitetes) Aufenthaltsrecht aus denselben Vorschriften zu, da sonst dem Aufenthaltsrecht des Kindes die effektive Wirksamkeit entzogen würde.

Das Urteil ist insbesondere wegen einiger grundsätzlicher Ausführungen des EuGH zu den sich aus der Unionsbürgerschaft ergebenden Rechten von Bedeutung<sup>7</sup>:

- So besteht das Aufenthaltsrecht der Unionsbürger gemäss dem Urteil unabhängig von dem grenzüberschreitenden Gebrauch der

<sup>3</sup> Vgl. hierzu im Einzelnen die Überlegungen bei *Astrid Epiney*, Zur Bedeutung der rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1 ff.; s. auch schon *Epiney/Mosters/Theuerkauf*, SJER 2003 (Fn. 1), 85 (86 f.).

<sup>4</sup> EuGH, Urteil vom 19.10.2004, Rs. C-200/02, *Zhu und Chen*, noch nicht in amtl. Slg. Alle Urteile sind auf der Homepage des Gerichtshofs im Internet unter [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int) abrufbar.

<sup>5</sup> RL 73/148/EG v. 21.5.1973, ABl. 1973, L 172, 14.

<sup>6</sup> RL 90/364 v. 28.6.1990, ABl. 1990, L 180, 26.

<sup>7</sup> Vgl. ausführlich hierzu auch noch den Beitrag von *Bernhard Hofstötter* in diesem Band.

Freizügigkeitsrechte. Damit hebt der Gerichtshof das sich aus der Unionsbürgerschaft ergebende Freizügigkeitsrecht von den Grundfreiheiten merklich ab und anerkennt den grundrechtlichen Charakter von Art. 18 EG, eine sich bereits im Urteil *Garcia Avello*<sup>8</sup> abzeichnende Entwicklung.

- Im Übrigen betont der EuGH im Zusammenhang mit der Notwendigkeit der ausreichenden Existenzmittel (die nicht notwendigerweise durch den Unionsbürger erbracht werden müssen, sondern über die dieser nur „verfügen“ muss, unabhängig von deren Herkunft), dass ein „fundamentaler Grundsatz wie der der Freizügigkeit“ weit auszulegen sei und hier im Übrigen der Grundsatz der Verhältnismässigkeit von Bedeutung sei. Offen bleibt allerdings, ob die Gewährung der Unterhaltsmittel nur tatsächlich vorliegen muss oder ob – wie im vorliegenden Verhältnis zwischen Mutter und Kind – ein Rechtsanspruch auf die Unterhaltsgewährung bestehen muss. Die Formulierungen des Gerichtshofs legen hier eher eine weite Auslegung nahe.
- Weiter stehe dem sich aus Art. 18 EG ergebenden Aufenthaltsrecht des Kindes auch nicht das Missbrauchsverbot entgegen, da es allein darauf ankomme, ob die Staatsangehörigkeit rechtmässig erworben worden sei. Dieser letzte Punkt legt den Schluss nahe, dass ein Missbrauch jedenfalls von Freizügigkeitsrechten im Wesentlichen nur dann in Betracht kommt, wenn über Tatsachen getäuscht wird (wie z.B. im Falle einer „Scheinheirat“), nicht hingegen, wenn es um die Beweggründe für ein bestimmter rechtmässiges Verhalten, das tatsächlich stattfand, geht.
- Schliesslich leitet der EuGH das Aufenthaltsrecht der Mutter offenbar direkt aus dem Aufenthaltsrecht des Kindes nach Art. 18 EG ab, wobei sich dieses abgeleitete Recht wohl auch auf eine andere, tatsächlich für das Kind sorgende Person beziehen kann.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Nach dem Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG hätte die Tochter *Catherine* als nicht erwerbstätige Angehörige eines Mitgliedstaats ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz aus Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA, wenn sie über ausreichende finanzielle Mittel und eine Krankenversicherung verfügt. Bei der Auslegung dieser Voraussetzungen ist gem. Art. 16 Abs. 2 FZA die vor der Unterzeichnung des FZA am 21. Juni 1999 ergangene Rechtsprechung des EuGH zu „berücksichtigen“. Dies schliesst jedoch nicht aus, auch nach dem Stichtag ergangene Urteile zur Auslegung heranzuziehen bzw. bei der Auslegung zum gleichen Ergebnis zu gelangen. Dementsprechend dürfte es auch nach dem Abkommen genügen, dass die Angehörigen der Vertragsparteien über die erforderlichen Mittel verfügen, ohne dass es auf deren Herkunft ankäme. Dafür spricht auch, dass der EuGH diese Auslegung

<sup>8</sup> EuGH, Rs. C-148/02, *Garcia Avello*, Slg. 2003, I-11613; vgl. hierzu auch Art. 44 der Grundrechte-Charta sowie *Astrid Epiney*, Neuere Rechtsprechung des EuGH in den Bereichen institutionelles Recht, allgemeines Verwaltungsrecht, Grundfreiheiten, Umwelt- und Gleichstellungsrecht, NVwZ 2004, 1067 (1070 f.); *Epiney/Mosters/Theuerkauf*, SJER 2003 (Fn. 1), 85 (88 ff.).

auf den Wortlaut von Artikel 1 Abs. 1 der Richtlinie 90/364 stützt<sup>9</sup>, auf den Art. 24 Anhang I FZA Bezug nimmt.

Der Missbrauchseinwand dürfte nach FZA ebenfalls ausgeschlossen sein, da es entsprechend dem Gemeinschaftsrecht allein in die Verantwortung jeder Vertragspartei fällt, über die Verleihung ihrer Staatsangehörigkeit und damit über die Eigenschaft als Angehöriger einer Vertragspartei zu entscheiden, ohne dass eine andere Partei die Ausübung der Freizügigkeit von weiteren Voraussetzungen abhängig machen kann. Insoweit stellt das Urteil in der Rechtssache *Chen* nur die Fortführung einer vor dem Stichtag ergangenen Rechtsprechung des EuGH dar<sup>10</sup>.

Problematisch ist dagegen das Aufenthaltsrecht der Mutter, weil dieses direkt aus dem Aufenthaltsrecht der Tochter gem. Art. 18 EG und nicht aus den sekundärrechtlichen Gewährleistungen abgeleitet wird. Da die Bestimmungen des Abkommens nicht auf die Vorschriften über die Unionsbürgerschaft Bezug nehmen<sup>11</sup>, lassen sich die in der Unionsbürgerschaft begründeten Rechte als solche nicht auf das Abkommen übertragen. Auch ein Anspruch aus Art. 8 EMRK (Achtung des Familienlebens) besteht nach der Rechtsprechung des EGMR dann nicht, wenn das Zusammenleben in einem anderen Staat möglich ist (was in der vorliegenden Konstellation nach dem Urteil *Chen* ja gerade der Fall ist) und das Nachfolgen in den anderen Staat zumutbar ist<sup>12</sup>. Zu beachten ist aber, dass der EuGH das Aufenthaltsrecht der Mutter letztlich aus dem *effet utile* des Aufenthaltsrechts des Kindes ableitet. Diese Erwägung aber kann auch im Rahmen des FZA im Zusammenhang mit den dort gewährleisteten Rechten herangezogen werden, würde doch auch hier das sich aus dem Abkommen ergebende Aufenthaltsrecht des Kindes durch die Verweigerung eines Aufenthaltsrechts für die für das Kind sorgende Person obsolet werden.

## II. Gewährung von Sozialleistungen an Unionsbürger (EuGH, Rs. C-456/02, *Trojani*)

### 1. Sachverhalt und Leitlinien des Urteils

Ausgangssituation der Rs. C-456/02<sup>13</sup> war ein Rechtsstreit zwischen Herrn *Trojani*, einem französischen Staatsbürger, der in einem belgischen Wohnheim etwa 30 Stunden pro Woche gegen Naturalleistungen zur Deckung seiner Grundbedürfnisse arbeitete, und dem *Centre public d'aide sociale de Bruxelles* (CPAS), bei dem der

<sup>9</sup> EuGH, Urteil vom 19.10.2004, Rs. C-200/02, *Zhu und Chen*, noch nicht in amtl. Slg., Rz. 30.

<sup>10</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-369/90, *Micheletti*, Slg. 1992, I-4239. Vgl. zur grundsätzlichen Maßgeblichkeit „fortgeführter Rechtsprechung“ *Epiney*, ZBJV 2005 (Fn. 3), 1 (15 ff.).

<sup>11</sup> So z.B. BGE 130 II 176, E. 4.4.1.

<sup>12</sup> Vgl. EGMR, *Gül v. Schweiz*, Reports 1996-I, 159 ff., Rz. 28 ff.; *Stephan Breitenmoser*, Die Bedeutung der EMRK im Ausländerrecht, in: Joachim Renzikowski (Hrsg.), Die EMRK im Privat-, Straf- und öffentlichen Recht, 2004, 197, 214 f.; *Anne Peters*, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, 2003, 166 f.; *Arthur Haefliger/Frank Schürmann*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 1999, 259 ff. (jeweils m.w.N.).

<sup>13</sup> EuGH, Urteil v. 7.9.2004, Rs. C-456/02, *Trojani*, noch nicht in amtl. Slg.

Kläger einen Antrag auf Gewährung von Sozialhilfe (*Minimex*) gestellt hatte, der jedoch abgelehnt wurde.

Im Ergebnis bestätigte bzw. präzisierte der EuGH seine Rechtsprechung zu der Frage, ob und inwieweit ein Unionsbürger auf der Grundlage von Art. 12, 18 EG ein Recht auf eine beitragsunabhängige Sozialleistung wie das belgische *Minimex* hat<sup>14</sup>.

Hinzuweisen ist in erster Linie auf zwei Aussagen des Gerichtshofs:

- Das sich aus Art. 18 EG ergebende Freizügigkeitsrecht sei nicht „absolut“, sondern bestehe nur vorbehaltlich der im Vertrag und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen, wozu auch die Verfügbarkeit von Existenzmitteln gemäss Art. 1 der RL 90/364/EWG<sup>15</sup> gehöre. Allerdings seien diese Bedingungen unter Einhaltung der „einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Grenzen, insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit“ anzuwenden. Falls ein Unionsbürger aus Mangel an Existenzmitteln eine Leistung wie das *Minimex* beantrage und keine besonderen Umstände – wie insbesondere im Fall *Baumbast*<sup>16</sup> – vorlägen, gehe eine Verneinung des Aufenthaltsrechts jedoch nicht über das hinaus, was zur Erreichung der Zielsetzungen der einschlägigen RL 90/364/EWG notwendig sei.
- Anders sei die Situation jedoch dann zu beurteilen, wenn ein rechtmässiger Aufenthalt des Unionsbürgers vorliegt. Ein nicht wirtschaftlich aktiver Unionsbürger könne sich nämlich auf Art. 12 EG berufen, wenn er sich im Aufenthaltsmitgliedstaat für eine bestimmte Dauer rechtmässig aufgehalten hat, und damit auch eine in den Anwendungsbereich des Vertrages fallende Leistung wie das *Minimex* unter denselben Voraussetzungen wie die Staatsangehörigen des Aufenthaltsmitgliedstaates beanspruchen. Unbenommen bleibe es dem Aufenthaltsmitgliedstaat, festzustellen, dass eine Beanspruchung einer solchen Sozialleistung dazu führt, dass die Voraussetzungen des Aufenthaltsrechts nicht mehr erfüllt sind, so dass eine Ausweisungsmassnahme möglich sei, die aber nicht automatisch als Folge der Inanspruchnahme des Sozialhilfesystems ergriffen werden dürfe.

Das Urteil ist insofern bedeutsam, als es – neben der Bestätigung der unmittelbaren Wirkung des sich aus Art. 18 EG ergebenden Aufenthaltsrechts sowie der Massgeblichkeit des Verhältnismässigkeitsprinzips als „Schranken-Schranke“ bei der Anwendung der gemeinschaftlichen Schranken dieses Rechts – klarstellt, dass Art.

<sup>14</sup> Ein Recht auf Aufenthalt als Arbeitnehmer gem. Art. 39 EGV setzt voraus, dass es sich bei der ausgeübten unselbständigen Tätigkeit um eine tatsächliche und echte wirtschaftliche Tätigkeit handelt. Laut EuGH ist es Sache des vorlegenden Gerichts, die tatsächlichen Prüfungen vorzunehmen, auf Grund derer über diese Frage zu entscheiden ist.

<sup>15</sup> RL 90/364/EWG v. 28.6.1990, ABl. 1990, L 180, 26. Die sekundärrechtlichen Gewährleistungen des Aufenthaltsrechts wurden 2004 durch den Erlass der RL 2004/38/EG vom 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (ABl. 2004, L 158, 77) grundlegend revidiert, wobei jedoch die hier zur Debatte stehenden Aspekte im Ergebnis auch Eingang in die neue Richtlinie gefunden haben. Zu dieser *Kay Hailbronner*, Neue Richtlinie zur Freizügigkeit der Unionsbürger, ZAR 2004, 259 ff.

<sup>16</sup> In dem grundsätzlich Existenzmittel vorhanden waren. Vgl. EuGH, Rs. 413/99, *Baumbast*, Slg. 2002, I-7091. Hierzu bereits *Astrid Epiney*, Neuere Rechtsprechung des EuGH in den Bereichen institutionelles Recht, allgemeines Verwaltungsrecht, Grundfreiheiten, Umwelt- und Gleichstellungsrecht, NVwZ 2004, 555 (560).



12 EG nur unter der Voraussetzung einen Anspruch auf diskriminierungsfreien Zugang zu Sozialhilfeleistungen gibt, dass vor dieser Inanspruchnahme bereits ein rechtmässiger Aufenthalt begründet worden war. Damit ist die Reichweite der sich aus Art. 12, 18 EG ergebenden Rechte (auch) davon abhängig, ob und inwieweit die Mitgliedstaaten Unionsbürgern – obwohl diesen möglicherweise kein Aufenthaltsrecht aus dem Unionsrecht zusteht – ein solches nach nationalem Recht einräumen.

Im Übrigen bleibt auch auf der Grundlage dieses Urteils unklar, unter welchen Voraussetzungen genau die Beendigung des Aufenthalts eines Unionsbürgers eingeleitet werden kann, der Sozialhilfe beansprucht. Eine Ausweisung darf jedenfalls nicht „automatisch“ aufgrund einer Inanspruchnahme von Sozialhilfe vorgenommen werden, obwohl damit ein Aufenthaltsrecht nicht mehr besteht.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Ein nichterwerbstätiger Angehöriger eines EG-Staates hat ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz unter den Voraussetzungen des Art. 24 Anhang I FZA, d.h. sofern er über ausreichende finanzielle Mittel und einen Krankenversicherungsschutz verfügt. Allerdings wird das Konzept der Unionsbürgerschaft – wie bereits erwähnt<sup>17</sup> – im FZA nicht übernommen. Daraus allein kann aber noch nicht gefolgert werden, dass ein Anspruch auf Gleichbehandlung entsprechend dem vorliegenden Fall nicht besteht.

Entscheidend ist vielmehr, ob und inwieweit das Diskriminierungsverbot des Art. 2 EG in einem solchen Fall zum Zuge käme. Das unmittelbar wirksame Diskriminierungsverbot des Art. 2 FZA ist Art. 12 EG nachgebildet und daher unter Berücksichtigung dieser Vorschrift auszulegen<sup>18</sup>. Während Art. 12 EG Diskriminierungen „im Anwendungsbereich... dieses Vertrages“ verbietet, betrifft Art. 2 FZA Ungleichbehandlungen „bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I-III“. Im Gemeinschaftsrecht ist dies der Fall, wenn sich die Person in einer gemeinschaftsrechtlich geregelten Situation befindet, worunter auch die Ausübung des Aufenthaltsrechts in einem anderen Mitgliedstaat fällt. Der Anspruch auf Gleichbehandlung ergibt sich dann aus Art. 12 EG, während die Berufung auf Art. 18 EG für die Eröffnung des Anwendungsbereichs von Bedeutung ist. Ebenso dürfte es sich im Rahmen des FZA um einen Fall „der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I-III“ verhalten, wenn eine Person von ihrem Aufenthaltsrecht aus dem Abkommen Gebrauch macht, so dass dann der Anwendungsbereich von Art. 2 FZA eröffnet ist. Dabei können auch Regelungen der sozialen Sicherheit betroffen sein<sup>19</sup>.

Deutlich wird damit, dass das FZA zwar das Konzept der Unionsbürgerschaft als solches nicht übernimmt; jedoch werden einzelne Rechte der Unionsbürger – insbesondere Freizügigkeit und Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit – in dem Abkommen aufgegriffen. Dann aber liegt es nahe,

<sup>17</sup> Oben B.I.2.

<sup>18</sup> Vgl. hierzu und zum Folgenden bereits *Epiney/Mosters/Theuerkauf*, SJER 2003 (Fn. 1), 85 (89 f.).

<sup>19</sup> S. auch schon *Epiney*, ZBJV 2005 (Fn. 3), 1 (15).

diejenigen Aspekte der Rechtsprechung des EuGH zur Unionsbürgerschaft, die sich auf diese „übernommenen“ Rechte beziehen, auch im Rahmen des Assoziationsabkommens zu berücksichtigen. Hierfür spricht gerade im Zusammenhang mit dem Aufenthaltsrecht auch, dass diese Rechte auch durch sekundärrechtliche Vorschriften – auf die das Abkommen Bezug nimmt – gewährleistet werden. Aus diesem Ansatz folgt dann auch, dass die Heranziehung des Verhältnismässigkeitsprinzips als „Schranken-Schranke“ des Aufenthaltsrechts durch den EuGH grundsätzlich auf das Abkommen übertragbar ist.

### **III. Ermittlung des pfändbaren Rentenanteils in der Zwangsvollstreckung (EuGH, Rs. C-224/02, *Pusa*)**

#### **1. Sachverhalt und Leitlinien des Urteils**

In der Rs. C-224/02<sup>20</sup> ging es um die Pfändung der Erwerbsunfähigkeitsrente von Herrn *Pusa*, einem finnischen Staatsangehörigen, der sich nach seinem Eintritt in den Ruhestand in Spanien niedergelassen hatte. Da Herr *Pusa* nach den Bestimmungen des Doppelbesteuerungsabkommens mit seinen Bezügen in Spanien der Besteuerung unterlag und somit zu seinen Lasten in Finnland kein Steuerabzug an der Quelle erfolgte, wurde der pfändbare Teil seiner Rente auf der Grundlage ihres Bruttobetrags ermittelt. Nach Abzug der in Spanien zu entrichtenden Steuer von 19 % hätte Herr *Pusa* damit monatlich einen geringeren Betrag erhalten, als wenn er weiterhin in Finnland gewohnt hätte.

Der EuGH bestätigte im Fall *Pusa* seine Rechtsprechung in Bezug auf die Auslegung von Art. 12 und 18 EG und wandte sie auf nationale Vorschriften im Zusammenhang mit der Zwangsvollstreckung an. Er betonte, dass Art. 12 und 18 EG einer Bestimmung des nationalen Zwangsvollstreckungsrechts entgegen stünden, die im Falle der Pfändung eines Teils einer Rente für die Bestimmung des pfändbaren Betrags die zu entrichtende Steuer nur für im Inland wohnhafte, nicht hingegen (in gleicher Weise) für im EU-Ausland wohnhafte Personen berücksichtigt. Denn anderenfalls erlitt Herr *Pusa* einen Nachteil, weil er sein Aufenthaltsrecht nach Art. 18 EG ausgeübt hat.

#### **2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz**

Wie bereits erwähnt<sup>21</sup> besteht nach dem Freizügigkeitsabkommen ein Anspruch auf Nichtdiskriminierung gemäss Art. 2 FZA, wenn ein Angehöriger einer Vertragspartei von seinem Recht auf Aufenthalt in einem anderen Vertragsstaat Gebrauch macht. Ausgehend von Art. 16 Abs. 2 FZA, wonach die Rechtsprechung des EuGH bis zur Unterzeichnung zu berücksichtigen ist, ist im Fall der Ausübung des nach dem Abkommen gewährleisteten Freizügigkeitsrechts – wie im Gemeinschaftsrecht – auch die „Inländerdiskriminierung“ unzulässig, so dass der Fall unter dem

<sup>20</sup> EuGH, Urteil v. 29.4.2004, Rs. C-224/02, *Pusa*, noch nicht in amtl. Slg.

<sup>21</sup> S.o. B.I.2., B.II.2.

Abkommen letztlich gleich zu beurteilen wäre; insbesondere dürfte es sich hier um die konsequente Fortführung der bisherigen Rechtsprechung handeln, so dass das Urteil in der Sache auch bei der Anwendung des FZA zu beachten ist, auch wenn es nach dem 21.6.1999 ergangen ist.

#### **IV. Anerkennung von Hochschulzugangsdiplomen (EuGH, Rs. C-65/03, *Kommission ./. Belgien*)**

##### **1. Sachverhalt und Leitlinien des Urteils**

Bei der Rs. C-65/03<sup>22</sup> handelt es sich um eine Fortführung der *Gravier-Rechtsprechung*<sup>23</sup>. Im vorliegenden Fall befand sich eine belgische Verordnung auf dem Prüfstand, nach der sich Inhaber von ausländischen Diplomen, die eine höhere Schulbildung abschliessen und zum Hochschulzugang in dem betreffenden Staat qualifizieren, für den Zugang zum Hochschulstudium in der Französischen Gemeinschaft in Belgien einer Eignungsprüfung unterziehen mussten, die im Gegensatz zu den Inhabern des entsprechenden belgischen oder luxemburgischen Diploms.

Der EuGH betonte, dass die unterschiedliche Behandlung von Diplomen aus anderen Mitgliedstaaten in einem solchen Fall gegen Art. 12 EG verstosse. Eine Rechtfertigung wurde mangels eines entsprechenden Vorbringens Belgiens nicht geprüft.

Das Urteil legt somit den Schluss nahe, dass ausländische Diplome grundsätzlich anzuerkennen sind, wobei aber die Möglichkeit einer Rechtfertigung (etwa aufgrund unterschiedlichen Inhalts der Diplome) nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist.

##### **2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz**

Legt man, wie dies hier vertreten wird<sup>24</sup>, die Formulierung „bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I-III“ in Art. 2 FZA parallel zu Art. 12 EG aus, so läge bei einem entsprechenden Fall mit Bezug zur Schweiz ein durch das Abkommen geregelter Sachverhalt vor, da sich die Studienbewerber auf das Aufenthaltsrecht der Studierenden gem. Art. 24 Abs. 4 Anhang I FZA berufen können und ausserdem der Zugang zur Berufsbildung geeignet ist, die Freizügigkeit durch die Vermittlung von Qualifikationen zu fördern<sup>25</sup>. Ein Anspruch auf Gleichbehandlung könnte jedoch gemäss Art. 24 Abs. 4 Satz 2 Anhang I FZA ausgeschlossen sein. Nach dieser Vorschrift regelt das Abkommen „weder den Zugang zur Ausbildung noch die Unterhaltsbeihilfen für die unter diesen Artikel fallenden Studierenden“, d.h. für diejenigen Studierenden, die sich nicht auf ein

<sup>22</sup> EuGH, Urteil v. 1.7.2004, Rs. C-65/03, *Kommission ./. Belgien*, noch nicht in amtl. Slg.

<sup>23</sup> EuGH, Rs. 293/83, *Gravier ./. Ville de Liege*, Slg. 1985, 593.

<sup>24</sup> S.o. B.II.2.

<sup>25</sup> Vgl. EuGH, Rs. 293/83, *Gravier ./. Ville de Liege*, Slg. 1985, 593, Rn. 24.



Aufenthaltsrecht etwa als Arbeitnehmer<sup>26</sup>, Selbständige oder Familienangehörige berufen können. Die genaue Reichweite dieser Bestimmung erscheint nicht ganz klar und bedarf noch der Konkretisierung. Wegen der Zielsetzung des Abkommens, die Freizügigkeit zwischen den Parteien herzustellen (vgl. Art. 1 FZA), und zwar „auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen“ (Präambel des FZA), dürfte diese Ausnahmebestimmung zur Freizügigkeit eher eng auszulegen sein. Die Festlegung der erforderlichen Diplome betrifft jedoch – im Gegensatz etwa zu Studiengebühren oder Beihilfen für den Unterhalt von Studierenden<sup>27</sup> – unmittelbar den Zugang zur Ausbildung und dessen Voraussetzungen, so dass hier wohl die Ausnahmegesetzgebung eingreift und kein Anspruch auf Gleichbehandlung bestehen dürfte. Insoweit ergibt sich nämlich aus dem Abkommen selbst, dass in Bezug auf diesen spezifischen Aspekt die gemeinschaftsrechtliche Rechtslage nicht übernommen werden soll.

## **V. Leistungen aus der Pflegeversicherung (EuGH, verb. Rs. C-502/01 und C-31/02, *Gaumain-Cerri*)**

### **1. Sachverhalt und Leitlinien des Urteils**

Den Rs. C-502/01 und C-31/02<sup>28</sup> lagen zwei Fälle deutscher Staatsangehöriger zugrunde, die beide im Ausland wohnten, dort einen pflegebedürftigen Dritten versorgten und aufgrund ihrer Pflegetätigkeiten die Tragung der Rentenversicherungsbeiträge durch die deutsche Pflegeversicherung forderten. Dies wurde ihnen mit der Begründung verweigert, dass sie, da sie die Pflegetätigkeit nicht gewerbsmäßig ausübten und keinen Wohnsitz in Deutschland hätten, weder versicherungspflichtig seien noch einen Anspruch auf die gesetzliche Rentenversicherung hätten. Zudem könnten sie sich mangels Arbeitnehmereigenschaft nicht auf die Verordnung 1408/71<sup>29</sup> berufen.

Der EuGH hält fest, dass eine Leistung wie die Tragung der Rentenversicherungsbeiträge des Dritten, der unter den Umständen der Ausgangsverfahren für einen pflegebedürftigen Leistungen der häuslichen Pflege erbringt, von der VO 1408/71 erfasst werde und dass es mit Art. 17 EG unvereinbar sei, eine besondere Leistung der Pflegeversicherung zu verweigern, weil der Dritte nicht im Gebiet des zuständigen Mitgliedstaats wohnt.

### **2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz**

---

<sup>26</sup> Für Arbeitnehmer z.B. legt Art. 9 Abs. 3 Anhang I FZA ausdrücklich fest, dass diese diskriminierungsfreien Zugang zum Unterricht an Berufsschulen und Umschulungszentren haben.

<sup>27</sup> Hierzu bereits *Epiney*, ZBJV 2005, 1 (13 f.).

<sup>28</sup> EuGH, Urteil v. 8.7.2004, verb. Rs. C-502/01 und C-31/02, *Gaumain-Cerri*, noch nicht in amtl. Slg.

<sup>29</sup> VO (EWG) 1408/71 vom 14.6.1971, in der durch die VO (EG) 118/97 vom 2.12.1996 geänderten und aktualisierten Fassung, ABl. 1997, L 28, 1.

Die Vorschriften der VO 1408/71 sind gemäss Art. 8 FZA i.V.m. Anhang II FZA auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens anwendbar. Auch wenn man davon ausgeht, dass das Konzept der Unionsbürgerschaft nicht vom Abkommen übernommen wird, lässt sich das Urteil doch auf das FZA übertragen. Denn der EuGH zieht Art. 17 EG heran, da sich aus diesem ein Anspruch auf gleiche rechtliche Behandlung ergebe. Der nachfolgende Hinweis auf das Urteil in der Rechtssache *d'Hoop*<sup>30</sup> zeigt jedoch, dass damit auf den Anspruch aus Art. 12 und 18 EG verwiesen wird. Dementsprechend wäre der Fall gleich zu behandeln, wenn die pflegebedürftige Person sich auf ein Aufenthaltsrecht nach dem Abkommen berufen kann, da dann ein dem Art. 17 EG (bzw. 12. i.V.m. 18 EG) entsprechender Gleichbehandlungsanspruch gemäss Art. 2 FZA besteht<sup>31</sup>.

## C. Arbeitnehmerfreizügigkeit

### I. Gewährung von Beihilfen für Arbeitssuchende (EuGH, Rs. C-138/02, *Collins*)

#### 1. Sachverhalt und Leitlinien des Urteils

In der Rs. C-138/02<sup>32</sup> ging es im Wesentlichen um die Frage, ob einem irischen Staatsangehörigen, der allerdings nie in Irland gelebt hatte, in einem anderen Mitgliedstaat – hier Grossbritannien – ein Recht auf „Beihilfe für Arbeitssuchende“ zusteht, während er in diesem Land auf Arbeitssuche ist. Der EuGH hielt insbesondere Folgendes fest:

- Der Kläger im Ausgangsfall sei nicht als Arbeitnehmer im Sinne des Titels II des Ersten Teils der VO 1612/68<sup>33</sup> anzusehen. Dieser erfasse nur solche Arbeitnehmer, die bereits Zugang zum Arbeitsmarkt gefunden haben, nicht hingegen Arbeitnehmer, die sich – wie im vorliegenden Fall – erstmals in einem Mitgliedstaat auf Arbeitssuche begeben.
- Art. 39 EG stelle (auch) eine Ausprägung des Diskriminierungsverbots nach Art. 12 EG dar, so dass der Anwendungsbereich des Art. 39 EG im Lichte des Art. 12 EG auszulegen sei. In Bezug auf letzteren ergebe sich aber aus der Rechtsprechung<sup>34</sup>, dass die Gewährung einer beitragsunabhängigen Sozialleistung in ihren Anwendungsbereich falle. Daher könne angesichts der Einführung der Unionsbürgerschaft und der diesbezüglichen Rechtsprechung in Bezug auf Art. 12 EG eine finanzielle Leistung, die den Zugang zum

<sup>30</sup> EuGH, Rs. C-224/98, *D'Hoop*, Slg. 2002, I-6191, Rn. 28.

<sup>31</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang in Bezug auf die rechtliche Tragweite des Art. 2 FZA auch schon oben B.I.2., B.II.2.

<sup>32</sup> EuGH, Urteil v. 23.3.2004, Rs. C-138/02, *Collins*, noch nicht in amtl. Slg.

<sup>33</sup> VO (EWG) 1612/68 v. 15.10.1968, ABl. 1968, L 257, 2. Dieser Teil der VO sieht insbesondere auch das Recht auf gleiche soziale und steuerliche Vergünstigungen wie diejenigen, die inländischen Arbeitnehmern zustehen, vor.

<sup>34</sup> S. insbesondere EuGH, Rs. C-184/99, *Grzelczyk*, Slg. 2001, I-6193.

Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaats erleichtern soll, nicht (mehr<sup>35</sup>) vom Anwendungsbereich des Art. 39 EG ausgenommen werden, so dass in Bezug auf solche finanziellen Leistungen aus Art. 39 EG ein Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit abzuleiten sei. Im Ausgangsfall liege eine solche Diskriminierung vor, da die in Frage stehende Sozialleistung lediglich Personen mit ihrem gewöhnlichen Aufenthalt im Vereinigten Königreich gewährt werde und diese Voraussetzung von Inländern „leichter“ erfüllt werden könne als von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten.

- Ein solches Erfordernis könne aber aus objektiven Gründen und unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips gerechtfertigt werden. Ein legitimes Anliegen sei die Sicherstellung einer tatsächlichen Verbindung zwischen dem Leistungsempfänger und dem betroffenen räumlichen Arbeitsmarkt. Ein Wohnortfordernis sei zur Erreichung dieser Zielsetzung zwar grundsätzlich geeignet, jedoch sei auch der Grundsatz der Erforderlichkeit zu beachten, dem insbesondere zu entnehmen sei, dass die Anwendung des Wohnortfordernisses auf klaren und im Voraus bekannten Kriterien beruhen müsse; auch sei das Erfordernis einer Mindestaufenthaltsdauer nur soweit zulässig, als es notwendig ist, damit die Behörden sich vergewissern können, dass die betreffende Person tatsächlich auf der Arbeitssuche auf dem entsprechenden Arbeitsmarkt ist.

Das Urteil des EuGH ist in mehreren Hinsichten bemerkenswert: In Bezug auf das Verhältnis von Primär- und Sekundärrecht ist zunächst zu erwähnen, dass der EuGH im Ergebnis ein Recht direkt aus Art. 39 EG ableitet, das in dem anwendbaren Sekundärrecht – das ja die sich aus Art. 39 EG ergebenden Rechte konkretisieren, präzisieren und ergänzen soll – gerade nicht niedergelegt ist. Hintergrund hierfür ist die direkte Verankerung des entsprechenden Rechts in Art. 39 EG, der durch Sekundärrecht nicht relativiert werden kann. Materiell von Bedeutung ist die Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Diskriminierungsverbots des Art. 39 EG auf finanzielle Zuwendungen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern (sollen). Führt man den vom EuGH entwickelten Gedanken konsequent zu Ende, erfasst das Diskriminierungsverbot des Art. 39 EG alle Massnahmen, die den Zugang zum Arbeitsmarkt erleichtern (sollen), worunter nicht nur direkte finanzielle Leistungen, sondern auch sonstige Massnahmen (etwa die Hilfestellung bei der beruflichen Eingliederung, Weiterbildungsangebote oder Beschäftigungsprogramme) fallen können. In Bezug auf die tatbestandliche Reichweite des Art. 39 EG legt die Begründung des EuGH nahe, dass diese Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Art. 39 EG nur für das Diskriminierungsverbot, nicht hingegen für das dieser Bestimmung ebenfalls zu entnehmende Beschränkungsverbot gilt, da der EuGH massgeblich auf seine Rechtsprechung zu Art. 12 EG Bezug nimmt. Damit dürfte der EuGH davon ausgehen, dass in Bezug auf direkt den Zugang zum Arbeitsmarkt betreffende Regeln (auch) ein Beschränkungsverbot zur Anwendung kommt, in Bezug auf den Zugang nur beeinflussende „Begleitumstände“ hingegen (nur) ein Diskriminierungsverbot. Es liegt auf der Hand, dass die Abgrenzung aber auch grosse Schwierigkeiten bereiten kann, wobei immerhin darauf hinzuweisen ist, dass

<sup>35</sup> S. unter Bezugnahme auf die VO 1612/68: EuGH, Rs. 316/85, *CPAS de Courcelles*, Slg. 1987, 2811.

aus Art. 39 EG jedenfalls kein allgemeines (unabhängig von einer Diskriminierung zum Zuge kommendes) Leistungsrecht des Einzelnen auf Unterstützung irgendwelcher Art abgeleitet werden kann. Nicht beantwortet hat der EuGH die Frage, ob die vorgenommene Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Diskriminierungsverbots des Art. 39 EG auch Drittwirkung entfaltet und damit gegen Private geltend gemacht werden kann. Im Fall *Angonese*<sup>36</sup> geht der EuGH offenbar in Bezug auf Diskriminierungen von einer umfassenden Drittwirkung aus.

Deutlich wird damit auch, dass die Dogmatik der Grundfreiheiten noch keineswegs abschliessend geklärt ist und dass auch die zweifellos festzustellende „Konvergenz“ der Grundfreiheiten durchaus ihre Grenzen aufweist, da es im Rahmen der einzelnen Freiheiten immer wieder spezifische Fallgestaltungen gibt, die sich nur – wenn überhaupt – bedingt mit Konstellationen im Rahmen anderer Grundfreiheiten vergleichen lassen.

Nur am Rande sei schliesslich bemerkt, dass auch dieses Urteil ein Beispiel dafür ist, dass der EuGH bei der Prüfung des Vorliegens einer materiellen Diskriminierung sehr auslegungsbedürftige und letztlich kaum weiterhelfende Kriterien verwendet, etwa dass Inländer ein bestimmtes Erfordernis „leichter“ erfüllen können. Letztlich dürfte es hier weniger auf eine „leichtere“ Erfüllbarkeit von Voraussetzungen ankommen als darauf, ob eine Bestimmung aufgrund ihrer inhaltlichen Ausgestaltung die Gefahr in sich birgt, dass EU-Ausländer benachteiligt werden<sup>37</sup>.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Das Urteil stellt, soweit der Anwendungsbereich des Art. 39 EG unter Rückgriff auf die Rechtsprechung zu Art. 12 EG weiter gefasst wird, eine Weiterentwicklung der bisherigen Rechtsprechung dar und fällt insofern nicht unter die nach Art. 16 Abs. 2 FZA zu „berücksichtigende“ Rechtsprechung des EuGH. Dies gilt umso mehr, als auch das insoweit massgebliche Urteil zu Art. 12 EG in der Rechtssache *Grzelczyk* erst nach dem Stichtag ergangen ist<sup>38</sup>. Das schliesst jedoch nicht aus, dass eine Auslegung des Abkommens ohne eine solche Berücksichtigungspflicht zum gleichen Ergebnis kommen kann<sup>39</sup>. So könnte aus dem Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 2 FZA) in Verbindung mit dem sich aus dem Abkommen sicherlich ergebenden Recht der Arbeitssuche in den anderen Vertragsparteien abgeleitet werden, dass bei „Beihilfen zur Arbeitssuche“ keine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit zulässig ist, geht es doch bei einer solchen Suche um die Ausübung eines sich aus dem Abkommen ergebenden (Aufenthalts-) Rechts.

<sup>36</sup> EuGH, Rs. C-281/98, *Angonese*, Slg. 2000, I-4139.

<sup>37</sup> Wie dies der EuGH denn auch in anderen Fällen formuliert. S. aus dem Berichtszeitraum etwa EuGH, Urteil v. 16.9.2004, Rs. C-400/02, *Merida*: Hier hält der EuGH fest, dass eine mittelbare Diskriminierung dann vorliege, wenn sich eine Vorschrift „ihrem Wesen nach eher auf Wanderarbeitnehmer als auf inländische Arbeitnehmer auswirken kann und folglich die Gefahr besteht, dass sie Wanderarbeitnehmer besonders benachteiligt“. Zu diesem Urteil noch unten C.IV. S. auch EuGH, Urteil v. 28.4.2004, Rs. C-373/02, *Öztürk*, noch nicht in amtl. Slg.

<sup>38</sup> EuGH, Rs. C-184/99, *Grzelczyk*, Slg. 2001, I-6193.

<sup>39</sup> Vgl. BGE 130 II 1, E. 3.6.1. Bestätigt durch BGE 130 II 137, E. 4.3.

## II. Wahlrecht zu Arbeiterkammern, allgemeine Auslegung von „Integrationsverträgen“ (EuGH, Rs. C-465/01, *Kommission ./. Österreich*)

### 1. Sachverhalt und Leitlinien des Urteils

Grundlegende Aussagen über die Auslegung von „Integrationsverträgen“ der EG mit Drittstaaten, in denen Teile des Gemeinschaftsrechts – so häufig auch und gerade die Freizügigkeitsrechte – auf die Beziehungen zu Drittstaaten ausgedehnt werden, sind der Rs. C-465/01<sup>40</sup> zu entnehmen. Dem Fall lag die Situation zugrunde, dass in Österreich Arbeitnehmer aus anderen Mitgliedstaaten der EU und des EWR vom passiven Wahlrecht zu den Arbeiterkammern ausgeschlossen waren. Arbeitnehmer aus Drittstaaten waren darüber hinaus auch vom passiven Wahlrecht zu den Betriebsräten und den Vollversammlungen der Arbeiterkammern ausgeschlossen. Zunächst stellte der Gerichtshof aufgrund der unterschiedlichen Behandlung von Arbeitnehmern aus anderen EU-Mitgliedstaaten und des EWR einerseits gegenüber österreichischen Staatsangehörigen andererseits eine unmittelbare Diskriminierung und damit einen Verstoß gegen Art. 39 Abs. 2 EG, Art. 8 der VO (EWG) 1612/68<sup>41</sup> und Art. 28 Abs. 2 des EWR-Abkommens fest.

Weiter führt der EuGH allgemein aus, dass kein Grund bestehe, das in Abkommen mit Drittstaaten enthaltene Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Bereich der Arbeitsbedingungen anders auszulegen als im Rahmen des EG-Vertrages. Hieran änderten auch ggf. gegenüber dem Gemeinschaftsrecht abweichende Formulierungen in einem solchen Abkommen nichts. Zur Begründung verweist der Gerichtshof insbesondere auf die Zielsetzungen der Übereinkommen, die mit denjenigen des Vertrages in den erfassten Bereichen übereinstimmen.

Zur Klarstellung ist dabei darauf hinzuweisen, dass sich diese Auslegung – auch wenn dies der EuGH nicht ausdrücklich betont – nicht etwa aus gemeinschaftsrechtlichen, sondern aus völkerrechtlichen Grundsätzen ergibt, geht es doch um die Auslegung eines völkerrechtlichen Vertrages. Der vom EuGH formulierte Grundsatz dürfte sich in dem Sinn verallgemeinern lassen, dass in all denjenigen Fällen, in denen Abkommen mit Drittstaaten Teile des *acquis communautaire* übernehmen und die Zielsetzung des jeweiligen Abkommens eben gerade dahin geht, das in der Gemeinschaft geltende Rechtsregime auf das Verhältnis zu Drittstaaten auszuweiten, die entsprechenden Abkommensbestimmungen grundsätzlich parallel zu den einschlägigen Vertragsbestimmungen auszulegen sind. Vieles dürfte dafür sprechen, dass dieser Grundsatz auch soweit geht oder zumindest gehen kann, dass auch nach Unterzeichnung des jeweiligen Abkommens ergangene EuGH-Rechtsprechung zu beachten ist, da nur auf diese Weise die Zielsetzung der Parallelität der Rechtsregime erreicht werden kann.

<sup>40</sup> EuGH, Urteil v. 16.9.2004, Rs. C-465/01, *Kommission ./. Österreich*, noch nicht in amtl. Slg. S. auch im Ansatz ähnliche Ausführungen in EuGH, Urteil v. 11.11.2004, Rs. C-467/02, *Cetinkaya*, noch nicht in amtl. Slg., in Bezug auf die Zulässigkeit der Ausweisung von Drittausländern, für die Bestimmungen eines Assoziierungsabkommens einschlägig waren, die in der Sache Gemeinschaftsrecht übernehmen.

<sup>41</sup> VO (EWG) 1612/68 v. 15.10.1968, ABl. 1968, L 257, 2.



## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Das Freizügigkeitsabkommen der EG mit der Schweiz dürfte ebenfalls zu den genannten Abkommen mit Drittstaaten gehören, übernimmt es doch Teile des *acquis communautaire*, auch und gerade im Bereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit, so dass der vom EuGH formulierte Grundsatz, es bestehe kein Anlass, die in einem solchen Abkommen aufgenommenen Garantien, die inhaltlich mit denjenigen des EG-Vertrages übereinstimmen, anders auszulegen als im Rahmen des EG-Vertrages, auch in Bezug auf das FZA herangezogen werden kann, zumal dieses ja explizit in der Präambel formuliert, dass die Freizügigkeit zwischen den Vertragsparteien „auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen zu verwirklichen“ sei.

Auch das Freizügigkeitsabkommen enthält Bestimmungen, die Art. 39 Abs. 2 EG und Art. 8 der VO (EWG) 1612/68 entsprechen. Art. 9 Anhang I FZA lehnt sich in seinem Wortlaut deutlich an die VO (EWG) 1612/68 und insbesondere deren Art. 8 an; daneben gewährt der als subsidiärer Auffangtatbestand ausgestaltete Art. 2 FZA einen umfassenden Anspruch auf Gleichbehandlung im Bereich der Freizügigkeit.

Vor diesem Hintergrund ist damit zu rechnen, dass der EuGH das FZA – und zwar unabhängig davon, ob die Rechtsprechung in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht vor oder nach der Unterzeichnung des FZA erging – parallel zu der Situation im Gemeinschaftsrecht auslegen wird, soweit es um diejenigen Teile des FZA geht, die in der Sache Gemeinschaftsrecht übernehmen.

## III. Gewährung eines Steuerfreibetrags (EuGH, Rs. C-169/03, *Wallentin*)

### 1. Sachverhalt und Leitlinien des Urteils

In der Rs. C-169/03<sup>42</sup> ging es um die Frage, ob es eine nach Art. 39 EG verbotene Diskriminierung darstelle, wenn in einem Mitgliedstaat der steuerliche Grundfreibetrag nur den unbeschränkt Steuerpflichtigen (d.h. Personen, die sich länger als 6 Monate im entsprechenden Mitgliedstaat aufhalten), nicht aber den beschränkt Steuerpflichtigen zusteht.

Der Gerichtshof betonte zunächst in Anknüpfung an seine bisherige Rechtsprechung<sup>43</sup>, dass sich Gebietsansässige und Gebietsfremde im Hinblick auf die direkten Steuern in einem Staat in der Regel nicht in einer vergleichbaren Situation befänden, denn das Einkommen, das ein Gebietsfremder im Hoheitsgebiet eines fremden Staates erziele, stelle meist nur einen Teil seiner Gesamteinkünfte dar, deren Schwerpunkt üblicherweise an seinem Wohnort liege. Die persönliche Steuerkraft

<sup>42</sup> EuGH, Urteil vom 1.7.2004, Rs. C-169/03, *Wallentin*, noch nicht in amtl. Slg.

<sup>43</sup> EuGH, Rs. C-279/93, *Schumacker*, Slg. 1995, I-225; EuGH, Rs. C-391/97, *Gschwind*, Slg. 1999, I-5451; EuGH, Rs. C-87/99, *Zurstrassen*, Slg. 2000, I-3337.

des Gebietsfremden, die sich aus der Berücksichtigung seiner Gesamteinkünfte, seiner persönlichen Verhältnisse und seines Familienstandes ergebe, könne am leichtesten an dem Ort beurteilt werden, an dem der Mittelpunkt seiner persönlichen Interessen und seiner Vermögensinteressen liege; dieser Ort sei in der Regel der Ort des gewöhnlichen Aufenthalts der betroffenen Person. Die Versagung bestimmter Steuervergünstigungen sei also im Allgemeinen nicht diskriminierend. Etwas anderes gelte jedoch, wenn der Gebietsfremde in seinem Wohnsitzstaat keine nennenswerten Einkünfte habe.

Somit liegt ein Verstoß gegen Art. 39 EG dann vor, wenn natürliche Personen, die steuerlich als nicht im Inland wohnend angesehen werden, dort aber Einkünfte beziehen, einer Quellensteuer unterliegen, die keinen Grundfreibetrag oder andere durch die persönlichen Verhältnisse des Steuerpflichtigen bedingte Abzüge vorsieht, während im Inland ansässige Personen bei der Veranlagung zur Einkommenssteuer bezüglich sämtlicher in diesem Mitgliedstaat und im Ausland erzielter Einkünfte Anspruch auf einen solchen Freibetrag haben oder zu solchen Abzügen berechtigt sind, allerdings nur, wenn im Besteuerungsstaat gebietsfremde Personen in ihrem eigenen Wohnsitzstaat nur über Ressourcen verfügen haben, die ihrem Wesen nach nicht der Einkommenssteuer unterliegen.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Das Freizügigkeitsabkommen enthält in Art. 9 Anhang I FZA und Art. 2 FZA Diskriminierungsverbote, die auf die steuerliche Ungleichbehandlung von Arbeitnehmern anwendbar sind und letztlich auf die entsprechende Rechtslage im Gemeinschaftsrecht Bezug nehmen. Die Entscheidung dürfte vor diesem Hintergrund ohne Weiteres auf das FZA übertragbar sein, zumal der EuGH im Wesentlichen die Kriterien seiner früheren Rechtsprechung in der Rechtssache *Schumacker* anwendet, so dass der Fall im Ergebnis von der Berücksichtigungspflicht des Art. 16 Abs. FZA erfasst wird<sup>44</sup>.

## IV. Berechnung einer Überbrückungsbeihilfe (EuGH, Rs. C-400/02, *Merida*)

### 1. Sachverhalt und Leitlinien des Urteils

<sup>44</sup> So auch *Roger Cadosch*, The influence on Swiss tax law of the Swiss-EC agreement on the free movement of persons, 2005, 45. Zu der Frage, ob die Schweizer Quellenbesteuerung von Ausländern allgemein mit dem FZA vereinbar ist, vgl. ausserdem *Pascal Hinny*, Das Diskriminierungsverbot des Personenverkehrsabkommens im Schweizer Steuerrecht, FStR 2004, 165; *Pascal Hinny*, Personenverkehrsabkommen und Schweizer Quellenbesteuerung, FStR 2004, 251; *Yves Noël*, Biehl, *Schumacker... et la Suisse: l'impôt à la source au scanner de la jurisprudence communautaire*, in: Peter Locher/Bernard Rolli/Peter Spori (Hrsg.), Internationales Steuerrecht und die Schweiz. Festschrift zum 80. Geburtstag von Walter Ryser, 2005, S. 141, jeweils m.w.N.

In der Rs. C-400/02<sup>45</sup> ging es um folgende Konstellation: Herr *Merida*, französischer Staatsangehöriger, war bis November 1999 bei den französischen Streitkräften in Baden-Baden (D) als ziviler Arbeitnehmer beschäftigt, hatte aber seinen Wohnsitz in Frankreich. Seine Vergütung wurde ihm namens und für Rechnung seines Arbeitgebers von den deutschen Behörden gezahlt. Seine Bruttovergütung wurde nach Abzug der in Deutschland vergüteten Sozialversicherungsbeiträge in Frankreich versteuert. Da der französische Lohnsteuersatz geringer war als der deutsche, bezog Herr *Merida* ein höheres Nettoeinkommen als ein ihm vergleichbarer, in Deutschland ansässiger Arbeitnehmer. Nach Auflösung seines Arbeitsvertrages bekam Herr *Merida* eine Überbrückungsbeihilfe, bei deren Ermittlung die deutschen Behörden nicht nur den Betrag der deutschen Sozialversicherungsbeiträge, sondern auch die deutsche Lohnsteuer abzogen. Dies hielt Herr *Merida* wegen Verstosses gegen Art. 39 EG für unzulässig.

Der EuGH hielt zunächst fest, dass eine mittelbare Diskriminierung dann vorliege, wenn sich eine Vorschrift „ihrem Wesen nach eher auf Wanderarbeitnehmer als auf inländische Arbeitnehmer auswirken kann und folglich die Gefahr besteht, dass sie Wanderarbeitnehmer besonders benachteiligt“<sup>46</sup>. Der Gerichtshof stellte zudem – einmal mehr – klar, dass allein eine Erhöhung finanzieller Lasten und administrativer Schwierigkeiten für einen Mitgliedstaat eine mittelbare Diskriminierung nicht rechtfertigen können.

Im Ergebnis stehen daher Art. 39 EG und Art. 7 Abs. 4 der VO 1612/68 – der bestimmte aus Art. 39 EG folgende Rechte verdeutlicht und durchführt – einer nationalen Regelung entgegen, nach der bei der Bemessung einer vom Beschäftigungsstaat gezahlten Sozialleistung der Abzug einer fiktiven Lohnsteuer erfolgt, während nach einem Doppelbesteuerungsabkommen Gehälter, Löhne und ähnliche Vergütungen von Arbeitnehmern, die nicht im Beschäftigungsstaat ansässig sind, nur in dem Mitgliedstaat besteuert werden, in dem sie ansässig sind.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Art. 9 Abs. 4 Anhang I FZA wiederholt nahezu wörtlich Art. 7 Abs. 4 VO 1612/68. Da das Urteil im Wesentlichen nur die Kriterien bereits vor dem 21.6.1999 ergangener Rechtsprechung<sup>47</sup> anwendet, ist es im Ergebnis auch auf das Freizügigkeitsabkommen zu übertragen.

## V. Ausweisung von EU-Ausländern wegen Gefahr für die öffentliche Ordnung (EuGH, verb. Rs. C-482/01 und C-493/01, *Orfanopoulos*)

<sup>45</sup> EuGH, Urteil v. 16.9.2004, Rs. C-400/02, *Merida*, noch nicht in amtl. Slg.

<sup>46</sup> Zu diesen denkbar unscharfen Kriterien in Bezug auf die Feststellung einer mittelbaren Diskriminierung bereits oben C.I.1., am Ende.

<sup>47</sup> Vgl. insbesondere die Urteile EuGH, Rs. C35/97, *Kommission/Frankreich*, Slg. 1998, I-5325; EuGH, Rs. C-237/94, *O'Flynn*, Slg. 1996, I-2617; EuGH, Rs. C-354/95, *National Farmers' Union u. a.*, Slg. 1997, I-4559.

## 1. Sachverhalt und Leitlinien des Urteils

Den verbundenen Rs. C-482/01 und C-493/01<sup>48</sup> lagen zwei Fälle zugrunde, in denen EU-Ausländer aufgrund der von ihnen ausgehenden Gefahr für die öffentliche Ordnung (wegen wiederholter Straffälligkeit) ausgewiesen werden sollten. Der Gerichtshof fasste die in solchen Fällen anzuwendenden Grundsätze in Anlehnung an seine bisherige Rechtsprechung zusammen:

- Eine „automatische“ Ausweisung eines Ausländers aus Gründen der öffentlichen Ordnung bei einer strafrechtlichen Verurteilung wegen bestimmter Delikte verstösst gegen Art. 3 der RL 64/221/EWG<sup>49</sup>.
- Das persönliche Verhalten der Person und die von ihm ausgehende konkrete Gefährdung müssen bei der Prüfung der Rechtmässigkeit einer Ausweisung berücksichtigt werden, auch wenn ein entsprechender Vortrag erst nach der letzten Behördenentscheidung erfolgt ist. Dies ist vor allem von Bedeutung, wenn zwischen dem Erlass der Entscheidung über die Ausweisung und der Beurteilung dieser Entscheidung durch ein Gericht ein längerer Zeitraum liegt<sup>50</sup>.
- Zudem müssen besondere familiäre Umstände (vgl. Art. 8 EMRK) Berücksichtigung finden.
- Erfolgt eine Ausweisung aufgrund einer Interessenabwägung im Einzelfall, die die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, insbesondere der Grundrechte, beachtet, so steht dies Art. 39 EG und der RL 64/221 nicht entgegen.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Die in dem Urteil durch den EuGH zusammengefassten Grundsätze entsprechen der vor dem Stichtag des Art. 16 Abs. FZA ergangenen Rechtsprechung und sind daher bei der Auslegung von Art. 5 FZA, der auf die RL 64/221 verweist, zu berücksichtigen<sup>51</sup>.

## VI. Anerkennung von Diplomen (EuGH, Rs. C-102/02, *Beuttenmüller*)

### 1. Sachverhalt und Leitlinien des Urteils

<sup>48</sup> EuGH, Urteil v. 29.4.2004, verb. Rs. C-482/01 und C-493/01, *Orfanopoulos*, noch nicht in amtl. Slg.

<sup>49</sup> RL 64/221/EWG v. 25.2.1964, ABl. 1964, P 56, 850.

<sup>50</sup> Ebenso auch die Ausführungen des EuGH im Fall *Cetinkaya*, EuGH, Urteil v. 11.11.2004, Rs. C-467702, *Cetinkaya*, noch nicht in amtl. Slg., allerdings in Bezug auf die Ausweisung eines Drittausländers, mit dessen Heimatstaat ein Assoziierungsabkommen besteht.

<sup>51</sup> Vgl. aus der umfangreichen Rechtsprechung des Bundesgerichts hierzu z.B. BGE 129 II 215; BGE 130 II 176; BGE 130 II 493; Urteil vom 20.12.2004, 2A.496/2004; Urteil vom 30.8.2004, 2A.391/2003; Urteil vom 28.4.2005, 2A.749/2004.

Der Rs. C-102/02<sup>52</sup> lag ein Rechtsstreit zwischen Frau *Beuttenmüller*, einer österreichischen Staatsangehörigen, und dem Land Baden-Württemberg über die Weigerung des Oberschulamts Stuttgart, die Gleichwertigkeit der von der Klägerin in Österreich abgelegten Lehramtsprüfung für Volksschullehrer und der Laufbahnbefähigung für das Lehramt an Grund- und Hauptschulen des Landes Baden-Württemberg anzuerkennen, zugrunde.

Der Gerichtshof hielt fest, dass für eine Anerkennung des besagten Diploms der Nachweis erbracht werden müsse, dass ein Diplom, das früher aufgrund einer zweijährigen Ausbildung erworben wurde, in Österreich als dem gegenwärtig nach einem dreijährigen Studium verliehenen Diplom gleichwertig angesehen werde und in diesem Mitgliedstaat in Bezug auf den Zugang zum Beruf des Volksschullehrers oder dessen Ausübung dieselben Rechte verleihe. Die Richtlinie 89/48/EWG stehe dagegen Vorschriften entgegen, die für die Anerkennung einer in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Lehrbefähigung ohne Ausnahme verlangen, dass die Hochschulausbildung eine Mindestdauer von drei Jahren hat und dass sie sich auf mindestens zwei der für die Lehrtätigkeit im Aufnahmemitgliedstaat vorgeschriebenen Unterrichtsfächer erstreckt.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Da die einschlägigen Richtlinien 89/48/EWG und 92/51/EWG gem. Art. 9 FZA i.V.m. Anhang III FZA auch im Verhältnis zur Schweiz anzuwenden sind, ist die Lösung des EuGH auch auf das Freizügigkeitsabkommen übertragbar.

## D. Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit

### I. Dienstleistungsfreiheit

#### 1. Zur Rechtsprechung des EuGH

- a) Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit zugunsten der Menschenwürde (EuGH, Rs. C-36/02, *Omega*)

Grundsätzliche Fragen der Rechtfertigung der Beschränkung von Grundfreiheiten wurden in der Rs. C-36/02<sup>53</sup> aufgeworfen<sup>54</sup>. Zur Debatte stand die Zulässigkeit eines von den zuständigen deutschen Behörden erlassenen Verbots, ein Laserspiel zu betreiben, das aufgrund einer simulierten Beschiessung ein „spielerisches Töten“ von Menschen impliziert.

<sup>52</sup> EuGH, Urteil v. 29.4.2004, Rs. C-102/02, *Beuttenmüller*, noch nicht in amtl. Slg.

<sup>53</sup> EuGH, Urteil v. 14.10.2004, Rs. C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs GmbH*, noch nicht in amtl. Slg.

<sup>54</sup> Vgl. auch die Besprechung von *Rudolf Streinz*, Beschränkung der Grundfreiheiten zum Schutz der „öffentlichen Ordnung“ (Menschenwürde), JuS 2005, 63 ff.



Der EuGH hielt zunächst fest, dass der Fall die Dienstleistungsfreiheit und die Warenverkehrsfreiheit betreffe, wobei auch zukünftige Beeinträchtigungen der Waren- und Dienstleistungsfreiheit relevant seien. Die Verbotsverfügung beschränke diese beiden Freiheiten aufgrund (erwarteter) Lieferungen aus dem Ausland, wobei die Dienstleistungsfreiheit aber klar im Vordergrund stehe. Die Beschränkung sei jedoch durch Gründe der öffentlichen Ordnung gerechtfertigt. Dies setze voraus, dass eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung bestehe, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. Dies sei hier der Fall, da die Massnahme gegen die Menschenwürde verstosse. Diese sei in der (nationalen) Verfassung verankert, ihr Schutz sei aber auch Teil der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts, so dass sie ein „berechtigtes Interesse“ darstelle, das grundsätzlich geeignet sei, eine Beschränkung von Grundfreiheiten zu rechtfertigen. Es sei in diesem Zusammenhang nicht notwendig, dass eine solche Massnahme einer allen Mitgliedstaaten gemeinsamen Auffassung darüber entspreche, wie das betreffende Grundrecht oder berechnigte Interessen zu schützen sind. Die Verhältnismässigkeit der Massnahme sei gegeben.

Das Urteil ist schon deshalb bemerkenswert, weil es – zum ersten Mal<sup>55</sup> – auf der Rechtfertigungsebene auf den Schutz der Menschenwürde abstellt<sup>56</sup>. Die dogmatischen Grundlagen des Urteils werden aber nicht ganz klar, ganz abgesehen davon, dass der EuGH es wohlweislich unterlässt, eine Definition der Menschenwürde im Gemeinschaftsrecht zu entwickeln. Immerhin legen die Formulierungen des Urteils den Schluss nahe, dass die Menschenwürde als mitgliedstaatliches Grundrecht ein „berechtigtes Interesse“ darstellt, so dass der Bezug zur Verankerung der Menschenwürde im Gemeinschaftsrecht nur, aber immerhin, der Prüfung der Vereinbarkeit eines solchen berechtigten Interesses mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben dient. Damit stellt nicht das gemeinschaftliche Grundrecht das berechnigte Interesse dar, was auch insofern widersinnig wäre, als der EuGH ja betont, dass die Ausfüllung des gemeinschaftlichen Begriffs der öffentlichen Ordnung den Mitgliedstaaten obliegt und er es als unschädlich ansieht, dass in anderen Mitgliedstaaten offenbar andere Vorstellungen zum Schutz der Menschenwürde existieren als in Deutschland. Aber auch auf dieser Grundlage bleibt die Frage, ob nationale Grundrechte nur dann berechnigte Interessen – die die Beschränkung von Grundfreiheiten ermöglichen – darstellen, wenn sie auch gleichzeitig im Gemeinschaftsrecht anerkannt sind. Diese Frage dürfte wohl zu verneinen sein, da die Formulierung der berechtigten Interessen ja in der Kompetenz der Mitgliedstaaten liegt, und nicht ersichtlich ist, warum eine gleichzeitige Anerkennung auf Gemeinschaftsebene notwendig sein soll. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass der EuGH die Menschenwürde im Rahmen des geschriebenen Rechtfertigungsgrunds der öffentlichen Ordnung heranzieht; dies ändert aber wohl nichts daran, dass Grundrechte auch als solche „berechtigtes

<sup>55</sup> Vgl. davor lediglich die Erwähnung der Menschenwürde in EuGH, Rs. C-377/98, *Niederlande ./. Parlament und Rat*, Slg. 2001, I-7079; dazu *Markus Rau/Frank Schorkopf*, Der EuGH und die Menschenwürde, NJW 2002, 2448 ff.

<sup>56</sup> S. aber die Erwähnung der Menschenwürde im Zusammenhang mit der Gültigkeitsprüfung einer Richtlinie in EuGH, Rs. C-377/98, *Niederlande ./. Parlament und Rat*, Slg. 2001, I-7079. Hierzu *Astrid Epiney*, Neuere Rechtsprechung des EuGH in den Bereichen institutionelles Recht, allgemeines Verwaltungsrecht, Grundfreiheiten, Umwelt- und Gleichstellungsrecht, NVwZ 2002, 1429 f.

Interessen“ darstellen (können), die die Beschränkung von Grundfreiheiten rechtfertigen können.

Weiter legt das Urteil – durchaus in der Logik der jüngeren Entwicklung der Rechtsprechung<sup>57</sup> – das Erfordernis eines grenzüberschreitenden Elements für die Einschlägigkeit der Grundfreiheiten denkbar weit aus, soll es doch bereits genügen, dass ein Verbot geeignet ist, die künftige Entwicklung von Vertragsbeziehungen zwischen in verschiedenen Mitgliedstaaten ansässigen Geschäftspartnern einzuschränken. Diese sehr weit formulierte Voraussetzung des Vorliegens eines grenzüberschreitenden Sachverhalts dürfte aber bei sehr vielen, wenn nicht gar fast allen Geschäftsbeziehungen vorliegen, so dass dieses Merkmal letztlich sehr an Bedeutung verliert und sich (einmal mehr) die Frage stellt, ob seine Aufrechterhaltung zu überzeugen vermag<sup>58</sup>.

b) Einschränkung der Fernsehwerbung für Alkohol (EuGH, Rs. C-262/02, *Kommission ./ Frankreich*, und Rs. C-429/02, *Bacardi France SAS*)

In den Rs. C-262/02<sup>59</sup> und C-429/02<sup>60</sup> stand die sog. „Loi Evin“ – ein französisches Gesetz, das die Fernsehwerbung für im Inland vertriebene alkoholische Getränke verbietet, soweit es sich dabei um indirekte Fernsehwerbung in der Form handelt, dass während der Übertragung bestimmter Sportveranstaltungen Werbetafeln auf dem Bildschirm zu sehen sind – zur Debatte.

Der Gerichtshof stellte zunächst fest, dass eine solche Fernsehwerberegelung eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstelle, da sie zum einen die Eigentümer von Werbetafeln im Ergebnis dazu „zwingt“, die Werbung für alkoholische Getränke vorsorglich abzulehnen, wenn die Möglichkeit der Fernsehübertragung besteht. Zum anderen werde die Dienstleistung der Ausstrahlung von Fernsehprogrammen behindert, da die Sender jede Übertragung von Sportereignissen abzulehnen haben, bei der entsprechende Werbetafeln zu sehen wären. Auch könnten Veranstalter von ausserhalb Frankreichs stattfindenden Sportereignissen die Übertragungsrechte nicht an französische Sender verkaufen, wenn entsprechende Werbetafeln zu sehen sind. An der Einschlägigkeit des Art. 49 EG ändere auch der Umstand nichts, dass eine „Maskierung“ der Werbetafeln allenfalls möglich wäre, seien damit doch jedenfalls hohe Kosten verbunden. Allerdings seien diese Beschränkungen durch den Gesundheitsschutz – dessen Niveau die Mitgliedstaaten im nicht harmonisierten Bereich selbst bestimmen können – gerechtfertigt. Die Massnahme sei auch nicht unverhältnismässig. Insbesondere stehe es Frankreich frei, nur die indirekte Werbung für alkoholische Getränke, nicht aber für andere schädliche Substanzen, wie etwa Tabak, zu verbieten und auch der sehr einschneidende Charakter der Massnahme ändere nichts daran, dass keine milderer Mittel ersichtlich seien.

Der EuGH knüpft damit bei der Verhältnismässigkeitsprüfung sehr konsequent an den Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Frage der Definition

<sup>57</sup> S. insbesondere EuGH, Rs. C-60/00, *Carpenter*, Slg. 2002, I-6279. Hierzu *Astrid Epiney*, Neuere Rechtsprechung des EuGH in den Bereichen institutionelles Recht, allgemeines Verwaltungsrecht, Grundfreiheiten, Umwelt- und Gleichstellungsrecht, NVwZ 2004, 555 (562 f.).

<sup>58</sup> Zu diesem Aspekt auch schon oben B.I.1. im Zusammenhang mit der Unionsbürgerschaft.

<sup>59</sup> EuGH, Urteil v. 13.7.2004, Rs. C-262/02, *Kommission ./ Frankreich*, noch nicht in amtl. Slg.

<sup>60</sup> EuGH, Urteil v. 13.7.2004, Rs. C-429/02, *Bacardi France*, noch nicht in amtl. Slg.

des Schutzniveaus an und prüft ausgehend von dem hohen angestrebten Schutzniveau in Bezug auf dieses insbesondere die Erforderlichkeit der Massnahme. Daher dürfte zur Erreichung gerade des anvisierten ehrgeizigen Schutzziels eine mildere Massnahme nicht möglich sein, wenn auch der Spielraum des nationalen Gesetzgebers hier relativ weit gehalten wird: So reicht es aus, dass die Regelung geeignet ist, den Kontakt zwischen dem Publikum und der Werbung für das gesundheitsschädliche Produkt zu verringern (wobei die Frage der Wirksamkeit eines solchen Werbeverbots nicht in Frage gestellt wird), und eine unterschiedliche Ausgestaltung der Werbeverbote für Tabak und Alkohol stehe ebenfalls im Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers. Weiter bildet dieses Urteil einen zusätzlichen Anhaltspunkt dafür, dass der EuGH bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit die Angemessenheit oder Verhältnismässigkeit i.e.S. nicht prüft. Gerade hier hätte sich eine solche Prüfung aufgedrängt, sind doch derartige Werbetafeln – wie der EuGH selbst betont – in der Regel nur einige Sekunden auf dem Bildschirm zu sehen, während die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit beachtlich ist.

c) Entsendung von Arbeitnehmern aus Drittstaaten (EuGH, Rs. 445/03, *Kommission ./. Luxemburg*)

In der Rs. C-445/03<sup>61</sup> ging es u.a. um die Vereinbarkeit einer luxemburgischen Regelung, die im Falle der Entsendung von Arbeitnehmern aus Drittstaaten aus einem anderen Mitgliedstaat nach Luxemburg eine vorherige Arbeitsgenehmigung vorsah, mit der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 49 EG.

Der EuGH nahm zwar an, dass eine solche Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs grundsätzlich durch den Schutz der sozialen Sicherheit und das Bemühen, Störungen auf dem Arbeitsmarkt zu verhindern, gerechtfertigt werden könne, erachtete die Massnahmen aber als unverhältnismässig, da entsprechende Anzeigepflichten genügte. Eine Rechtfertigung dürfe den freien Dienstleistungsverkehr in den entsprechenden Sektoren „nicht illusorisch“ machen. Dieser Ansatz erinnert etwas an die Garantie eines „Kerngehalts“ an grundfreiheitlichen Rechten, entsprechend dem diesbezüglichen Prinzip in der Grundrechtsdogmatik, so dass die bislang in der Rechtsprechung nicht geklärte Frage aufgeworfen wird, ob und inwieweit auch im Rahmen der Beschränkung der Grundfreiheiten ein „Kerngehalt“ – wie auch immer man diesen dann bestimmen mag – zu beachten ist bzw. wäre. Angesichts der hohen Bedeutung der Grundfreiheiten im Vertrag sowie der in vielen Aspekten im Vergleich zu Grundrechten parallel ausgestalteten Dogmatik spricht im Grundsatz vieles für die Anerkennung eines solchen Konzepts auch im Rahmen der Grundfreiheiten.

d) Anforderungen an private Sicherheitsdienste (EuGH, Rs. C-189/03, *Kommission ./. Niederlande*)

<sup>61</sup> EuGH, Urteil v. 21.10.2004, Rs. C-445/03, *Kommission ./. Luxemburg*, noch nicht in amtl. Slg.

Bei der Rs. C-189/03 handelte es sich um eine Aufsichtsklage der Kommission gegen die Niederlande gem. Art. 226 EG. Der Gerichtshof hatte über die Vereinbarkeit verschiedener Anforderungen für die Tätigkeiten privater Sicherheitsdienste zu entscheiden.

Im Ergebnis bejahte er einen Verstoß gegen Art. 49 EG durch die Vorschriften, nach denen Unternehmen, die in den Niederlanden Dienstleistungen erbringen wollen, sowie deren Führungskräfte einer Erlaubnis bedürfen, deren Erteilung kostenpflichtig ist, ohne dass dabei die Verpflichtungen berücksichtigt wurden, denen ein ausländischer Dienstleistungserbringer bereits im Niederlassungsmitgliedstaat unterliegt, und die Bediensteten dieser Unternehmen, die vom Niederlassungsmitgliedstaat in die Niederlande abgeordnet werden, im Besitz eines von den niederländischen Behörden ausgestellten Ausweises sein müssen, soweit für die streitige Anforderung nicht die Kontrollen berücksichtigt werden, denen die Erbringer grenzüberschreitender Dienstleistungen bereits in ihrem Herkunftsmitgliedstaat unterliegen.

Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang auch die Rs. C-171/02<sup>62</sup>. Hier stand eine Regelung zur Debatte, derzufolge in Portugal ausländische Wirtschaftsteilnehmer im Sektor der privaten Sicherheitsdienstleistungen Wachtätigkeiten im Hinblick auf Personen und Objekte nur unter ganz bestimmten, eng gefassten Bedingungen, u.a. Sitz oder Niederlassung in Portugal, Rechtsform einer juristischen Person und bestimmtes Mindestkapital, Genehmigung und Berufsausweise, ausüben durften.

Der Gerichtshof untersuchte jede einzelne der aufgestellten Bedingungen und kam dabei zu dem Ergebnis, dass mit der gesamten Regelung ein Verstoß gegen Art. 39, 43 und 49 EG vorliege. Eine Rechtfertigung der Beschränkungen, etwa durch Erwägungen des Gläubigerschutzes, komme nicht in Betracht. Jedenfalls gingen die Regelungen über das zur Erreichung des beabsichtigten Ziels Erforderliche hinaus.

e) Haftung als Bürge für Mindestlohn entsandter Arbeitnehmer (EuGH, Rs. C-60/03, *Wolff & Müller*)

Die Rs. C-60/03<sup>63</sup> behandelt die Vereinbarkeit der Verpflichtung der Haftung als Bürge mit Art. 49 EG. Herr *Pereira Félix*, portugiesischer Staatsangehöriger, war im Jahr 2000 als Maurer auf einer Baustelle in Berlin für ein Bauunternehmen mit Sitz in Portugal tätig. Dieses Bauunternehmen führte auf der Baustelle für *Wolff & Müller* Beton- und Stahlbetonarbeiten durch. Herr *Pereira Félix* verlangte von seinem Arbeitgeber und *Wolff & Müller* als Gesamtschuldner die Zahlung rückständiger Arbeitsvergütung. Er trug vor, *Wolff & Müller* hafteten als Bürge gemäss § 1a Arbeitnehmer-Entsendegesetz.

Zunächst stellte der Gerichtshof fest, dass der vorliegende Fall unter die RL 96/71 falle (die übrigens im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens gem. Art. 22 FZA ebenfalls anwendbar ist). Daher müssten die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass den entsandten Arbeitnehmern ein Mindestlohn garantiert werde und geeignete Verfahren zur Verfügung stünden, damit sie ihren Mindestlohn tatsächlich erhielten.

<sup>62</sup> EuGH, Urteil v. 29.4.2004, Rs. C-171/02, *Kommission ./. Portugal*, noch nicht in amtl. Slg.

<sup>63</sup> EuGH, Urteil v. 12.10.2004, Rs. C-60/03, *Wolff & Müller*, noch nicht in amtl. Slg.

Die Mitgliedstaaten verfügten zwar über ein Ermessen, müssten jedoch die Grundfreiheiten beachten.

Es sei hier jedoch Sache des vorlegenden Gerichts, zu überprüfen, ob die Bürgenhaftung eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstelle. Jedenfalls könne eine solche Beschränkung gerechtfertigt sein, wenn sie auf zwingenden Gründen des Allgemeininteresses beruhe und verhältnismässig sei. Zu den anerkannten zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gehörten auch der Schutz der Arbeitnehmer und die Verhinderung eines unlauteren Wettbewerbes seitens der Unternehmen. Das vorlegende Gericht habe dies nun zu prüfen.

Folglich stehe die RL 96/71 bei Auslegung im Lichte des Art. 49 EG einer nationalen Regelung nicht entgegen, nach der ein Bauunternehmer, der einen anderen Unternehmer mit der Erbringung von Bauleistungen beauftragt, für die Verpflichtungen dieses Unternehmers oder eines Nachunternehmers zur Zahlung des Mindestentgelts an einen Arbeitnehmer wie ein Bürge hafte.

- f) Erfordernis einer betrieblichen Niederlassung für biomedizinische Analyselabors (EuGH, Urteil v. 11.3.2004, Rs. C-496/01, *Kommission ./.* *Frankreich*)

Die Kommission rügte in der Rs. C-469/01 einen Verstoß Frankreichs gegen Art. 43 und 49 EG dadurch, dass Frankreich in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Labors für biomedizinische Analysen die erforderliche Betriebsgenehmigung nur erteile, wenn diese ihre betriebliche Niederlassung in Frankreich hätten, sowie dadurch, dass jegliche Erstattung von Kosten für biomedizinische Analysen, die von einem Labor für biomedizinische Analysen durchgeführt würden, das in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen ist, ausgeschlossen sei.

Der Gerichtshof wies vorab darauf hin, dass die Mitgliedstaaten mangels Harmonisierung einer beruflichen Tätigkeit grundsätzlich befugt blieben, die Ausübung dieser Tätigkeit zu regeln, dies jedoch unter Beachtung der Grundfreiheiten. Einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit konnte der Gerichtshof zwar nicht feststellen, jedoch kam er nach einer eingehenden Untersuchung der Regelungen zu dem Ergebnis, dass ein Verstoß gegen Art. 49 EG in Bezug auf das Erfordernis einer betrieblichen Niederlassung für biomedizinische Analyselabors als Voraussetzung für die Zulässigkeit ihrer Tätigkeiten und die Erstattungsfähigkeit der Kosten im Zuge der Durchführung von Analysen vorliege, der auch nicht aus Gründen des Gesundheitsschutzes zu rechtfertigen sei, da insbesondere mildere Massnahmen denkbar seien.

- g) Erstattung von Kosten für Heilkuren in anderen Mitgliedstaaten (EuGH, Rs. C-8/02, *Leichtle*)

In der Rs. C-8/02 hatte der EuGH u.a. zu entscheiden, ob Art. 49 und 50 EG einer nationalen Regelung entgegenstehen, nach der die Übernahme von Kosten einer Heilkur in einem anderen Mitgliedstaat u.a. davon abhängig gemacht wird, dass die



Heilkur wegen wesentlich grösserer Erfolgsaussichten ausserhalb des entsprechenden Mitgliedstaats zwingend notwendig ist.

Der Gerichtshof erinnerte zunächst daran, dass medizinische Tätigkeiten nach ständiger Rechtsprechung unter Art. 50 EG fallen, ohne dass danach zu unterscheiden wäre, ob die Versorgung in einer oder ausserhalb einer Krankenanstalt erbracht wird. Die Mitgliedstaaten seien zwar für die Ausgestaltung ihres Systems der sozialen Sicherheit selbst zuständig, jedoch müsse das Gemeinschaftsrecht beachtet werden. In der streitigen Regelung sei ein Hindernis für den freien Dienstleistungsverkehr zu sehen, die auch nicht dadurch gerechtfertigt werden könne, dass „eine völlige Freigabe des Zugangs zu europäischen Kureinrichtungen eine reale Gefährdung der Wirtschaftlichkeit und der medizinischen und pflegerischen Leistungsfähigkeit in deutschen Kureinrichtungen“ bedeuten würde. Es lägen nämlich keine Anhaltspunkte vor, dass eine entsprechende Regelung erforderlich sei.

Die Erstattung von Aufwendungen im Zusammenhang mit einer in einem anderen Mitgliedstaat absolvierten Heilkur dürfe also nicht davon abhängig gemacht werden, dass die Erfolgsaussichten einer Kur im Ausland höher sind als im Inland. Hingegen sei es möglich, die Kostenerstattung davon abhängig zu machen, dass der Kurort im Heilkurortverzeichnis aufgeführt wird.

h) Verstoß von Anti-Doping-Regeln gegen Art. 49 EG (EuG, Rs. T-313/02, *Meca-Medina*)

Die Frage, ob Anti-Doping-Regeln – insbesondere Regeln, die die Sperre von Sportlern im Falle positiver Doping-Tests vorsehen – in den Anwendungsbereich der vertraglichen Bestimmungen, insbesondere des Art. 49 EG, fallen, war Gegenstand der Rs. T-313/02<sup>64</sup>. Das EuG knüpfte an seine diesbezügliche bisherige Rechtsprechung an und stellte insbesondere fest, dass diejenigen Regeln, die den wirtschaftlichen Aspekt des Sports betreffen, in den Anwendungsbereich des Vertrages fallen, im Gegensatz zu denjenigen Bestimmungen, die allein von sportlichem Interesse sind und als solche nichts mit wirtschaftlicher Betätigung zu tun haben. Doping-Regeln fielen unter die zweitgenannte Kategorie, gehe es hier doch um Regeln über die Art und Weise der Austragung sportlicher Wettkämpfe, so dass die Dopingbekämpfung keinen wirtschaftlichen Zweck verfolge.

Deutlich wird damit auch, dass die Abgrenzung zwischen wirtschaftlichen und sportlichen Aspekten sehr schwierig ist, entfaltet doch gerade eine Sperrung der Sportler durchaus nachhaltige wirtschaftliche Implikationen, da es hier in der Sache um ein zeitlich befristetes Berufsverbot geht. Es mutet daher merkwürdig an, wenn das EuG hier nicht auf die Wirkungen einer Massnahme, sondern auf ihre Zielsetzung – nicht wirtschaftlicher Natur – abstellt. Im Ergebnis dürfte das EuG aber durchaus davon ausgehen, dass solche Regeln ähnlich wie „normale“ in den Anwendungsbereich des Art. 49 EG fallende Massnahmen zu prüfen sind, wird doch untersucht, ob und inwieweit diese „Beschränkung des Geltungsbereichs“ der vertraglichen Bestimmungen den Anforderungen der Verhältnismässigkeit genügt, wenn dies auch im vorliegenden Fall keine entscheidende Rolle gespielt hat

<sup>64</sup> EuG, Urteil v. 30.9.2004, Rs. T-313/02, *David Meca-Medina*, noch nicht in amtl. Slg.

(immerhin untersucht das Gericht aber auch, ob es um diskriminierende Praktiken geht). Vor diesem Hintergrund wäre es aus dogmatischer Sicht überzeugender, auch bei sportlichen Regeln, die die Grundfreiheiten beschränken können, die Einschlägigkeit der Grundfreiheiten zu bejahen und dann auf der Rechtfertigungsebene zu prüfen, ob und inwieweit sportliche Anliegen diese Beschränkungen zu rechtfertigen vermögen; dabei muss bei der Definition dessen, was als sportliches Anliegen verstanden wird, den zuständigen Verbänden ein weiter Gestaltungsspielraum eingeräumt werden.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Hinsichtlich der Implikationen der Rechtsprechung des EuGH für die Schweiz ist zu unterscheiden:

- Soweit die Urteile die Voraussetzungen umschreiben, unter denen Beschränkungen der Grundfreiheiten möglich sind, können sie grundsätzlich im Rahmen des FZA fruchtbar gemacht werden, auch im Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Niederlassungsfreiheit. Die erwähnten Urteile bestätigen teilweise eine bereits bestehende Rechtsprechung oder entwickeln diese folgerichtig und ohne Bruch fort, so dass sie in der Sache auch bei der Anwendung des FZA herangezogen werden können. Insbesondere in Bezug auf die Implikationen des Urteils *Omega* ist festzuhalten, dass sich die dort entwickelten Kriterien der Beschränkung von Grundfreiheiten durch entgegenstehende nationale Grundrechte als legitime öffentliche Interessen auch auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit und die Niederlassungsfreiheit anwenden lassen. Zwar handelt es sich um eine nach dem Stichtag des Art. 16 Abs. 2 FZA ergangene neue Rechtsprechung, doch fügt sich die Entscheidung in die bisherige Rechtsprechung zur Auslegung des Vorbehalts der öffentlichen Sicherheit und Ordnung harmonisch ein, so dass nichts gegen eine Übernahme auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens spricht.
- Schwieriger ist demgegenüber die Frage zu beantworten, inwieweit das Freizügigkeitsabkommen die Dienstleistungsfreiheit überhaupt gewährleistet und – daran anschließend – inwieweit die spezifisch die Dienstleistungsfreiheit betreffenden Aspekte der skizzierten Rechtsprechung auch im Rahmen des FZA zum Zuge kommen können. Diese Problematik kann in diesem Rahmen nicht eingehend untersucht werden; festzuhalten ist jedoch, dass das Abkommen grundsätzlich ein Recht auf Erbringung von Dienstleistungen im Hoheitsgebiet eines anderen Staates einräumt, wobei die Dauer der Erbringung der Dienstleistungen jedoch 90 Tage nicht überschreiten darf (Art. 5 Abs. 1 FZA). Vor diesem Hintergrund sind auch die spezifisch die Dienstleistungsfreiheit betreffenden Aspekte der erörterten Urteile insoweit auch grundsätzlich bei der Anwendung des FZA von Bedeutung. Im Übrigen knüpfen die Urteile im Wesentlichen an die bisherige Rechtsprechung an.

Diesen grundsätzlichen Ansatz legt auch das Bundesgericht zugrunde: So stellte es unter Berufung auf Art. 5 FZA und Art. 17 ff. Anhang I FZA fest, dass das Abkommen Dienstleistungserbringern aus der EG staatsvertraglich

das Recht einräume, in gewissem Umfange Dienstleistungen in der Schweiz zu erbringen. Dies gelte auch für eine ausländische Gesellschaft, die die Finanzierung von Prozessen als Geschäft betreibt, da dies als Dienstleistung im Sinne des Art. 5 FZA anzusehen sei. Die Gesellschaft habe demnach als juristische Person einen staatsvertraglichen Anspruch auf wirtschaftliche Betätigung in der Schweiz, weshalb sie sich zumindest im Umfange der durch das Freizügigkeitsabkommen eingeräumten Rechte auch auf die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV berufen könne<sup>65</sup>.

Insoweit fallen daher auch medizinische Leistungen in den Anwendungsbereich des Abkommens. Da in dem diesen Aspekt betreffenden Urteil *Leichtle* im Wesentlichen an die bisherige Rechtsprechung bereits in der Rs. *Kohll*<sup>66</sup> angeknüpft wird bzw. das Urteil eine konsequente Fortführung dieser Rechtsprechung darstellt, dürfte es in der Sache auch im Rahmen der Anwendung des FZA zu beachten sein.

In diesem Zusammenhang sei auf ein Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich<sup>67</sup> hingewiesen, das die Kostenerstattung für im Ausland erbrachte medizinische Dienstleistungen im Anschluss an die Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen *Kohll*, *Smits und Peerbooms* sowie *Müller-Fauré*<sup>68</sup> betrifft. Das stellt hier fest, dass Art. 5 Abs. 3 FZA die passive Dienstleistungsfreiheit gewährleiste, worunter auch die Inanspruchnahme medizinisch-therapeutischer Massnahmen falle. Soweit ersichtlich ist dies das erste Gerichtsurteil, das sich mit der rechtlichen Tragweite des Art. 5 Abs. 3 FZA befasst. Nach dessen Wortlaut wird den Angehörigen einer Vertragspartei, die „sich nur als Empfänger einer Dienstleistung in das Hoheitsgebiet einer Vertragspartei begeben, ... das Einreise- und Aufenthaltsrecht eingeräumt“. Diese Formulierung könnte den Schluss nahelegen, dass lediglich ein Recht auf Einreise und Aufenthalt, nicht aber auf die Inanspruchnahme von Dienstleistungen gewährt wird. Die Begründung eines Aufenthaltsrechts, das an Voraussetzungen geknüpft wird, die selbst beliebig einschränkbar sind, ergäbe aber keinen Sinn, so dass dem Ansatz des Gerichts zuzustimmen ist.

Auch die Bestimmung des Art. 5 Abs. 4 FZA, wonach die in diesem Artikel genannten Rechte „gemäss den Bestimmungen der Anhänge I, II und III eingeräumt“ werden, widerspricht nicht der Auslegung durch das Gericht. Die in den Art. 2 bis 9 FZA regelmässig wiederkehrende Verweisung auf die Anhänge kann so verstanden werden, dass die in diesen Artikeln genannten Rechte grundsätzlich nur unter den in den Anhängen definierten Bedingungen gewährt werden. Dies muss aber nicht bedeuten, dass es sich bei diesen Bestimmungen lediglich um unverbindliche Ankündigungen der in den Anhängen enthaltenen Rechte handelt. Vielmehr kann ihnen im Einzelfall

<sup>65</sup> Bundesgericht, Urteil v. 10.12.2004, 2003-11-17 2P.4/2004, E. 1.1 a.E.

<sup>66</sup> EuGH, Rs. C-158/96, *Kohll*, Slg. 1998 I-1931.

<sup>67</sup> Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Urteil v. 19.2.2004, IV.2003.00221, E. 6.

<sup>68</sup> EuGH, Rs. C-158/96, *Kohll*, Slg. 1998 I-1931; EuGH, Rs. C-157/99, *Smits und Peerbooms*, Slg. 2001, I-5473; EuGH, Rs. C-385/99, *Müller-Fauré*, Slg. 2003 I-4509. Zu einigen Aspekten dieser Rechtsprechung auch schon *Epiney/Mosters/Theuerkauf*, SJER 2003 (Fn.), 85 (110 ff.).

durchaus ein eigenes Recht entnommen werden, wie es z.B. bei dem subsidiär anwendbaren Auffangtatbestand des Diskriminierungsverbots nach Art. 2 FZA der Fall ist. Parallelen zu einer solchen Auslegung lassen sich auch im Gemeinschaftsrecht finden. So ist z.B. Art. 18 EG, wonach das Aufenthaltsrecht der Unionsbürger „vorbehaltlich der in diesem Vertrag und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen“ gewährt wird, ein eigenes, unmittelbar wirksames Recht zu entnehmen.

Insgesamt dürften damit die besseren Gründe dafür sprechen, dass die Dienstleistungsfreiheit bereits durch Art. 5 FZA gewährleistet wird, wobei aber die Abweichungen im Vergleich zu Art. 49 EGV zu beachten sind. Jedenfalls aber ist in dem Abkommen grundsätzlich die Dienstleistungsfreiheit verankert.

## II. Niederlassungsfreiheit

### 1. Rechtsprechung des EuGH

- a) Anforderungen für die Registrierung von Schiffen (EuGH, Rs. C-299/02, *Kommission ./.* *Niederlande* )

In der Rs. C-299/02<sup>69</sup> beantragte die Kommission beim Gerichtshof, festzustellen, dass die Niederlande gegen Art. 43 und 48 EG verstossen hätten, indem sie Anforderungen an die Staatsangehörigkeit der Anteilseigner und der Geschäftsführer von Gesellschaften, die Eigentümer eines Seeschiffes sind, welches sie in den Niederlanden registrieren wollen, und die Staatsangehörigkeit und den Wohnsitz der Geschäftsführer von Redereigesellschaften für in den Niederlanden registrierte Seeschiffe und der Personen, die mit der laufenden Geschäftsführung der Niederlassung betraut sind, von der aus in den Niederlanden das Seeschiffahrtsgewerbe ausgeübt wird, stellten.

Der Gerichtshof stellte zunächst fest, dass die streitige Regelung eine die Niederlassungsfreiheit von Schiffseigentümern beschränkende Wirkung habe. Eine solche Beschränkung lasse sich auch nicht mit der Notwendigkeit der Ausübung einer wirksamen Kontrolle und Hoheitsgewalt über die die Flagge der Niederlande führenden Schiffe rechtfertigen. Insbesondere sei die Regelung nicht erforderlich. Damit wurde ein Verstoß gegen Art. 43 und 48 EG bestätigt.

- b) Besteuerung latenter Wertsteigerungen im Falle der Verlegung des steuerpflichtigen Wohnsitzes eines Steuerpflichtigen ins Ausland (EuGH, Rs. C-9/02, *Hughes de Lasteyrie du Saillant*)

---

<sup>69</sup> EuGH, Urteil vom 14.10.2004, Rs. C-299/02, *Kommission ./.* *Niederlande*, noch nicht in amtl. Slg.

In der Rs. C-9/02<sup>70</sup> ging es um die Frage, ob Art. 43 EG es einem Mitgliedstaat verwehrt, zur Vorbeugung der Steuerflucht eine Regelung einzuführen, wonach Wertsteigerungen bei Verlegung des steuerlichen Wohnsitzes besteuert werden.

Der Gerichtshof betonte, dass Art. 43 EG nicht nur die Inländerbehandlung im Aufnahmemitgliedstaat sichere, sondern auch verbiete, dass ein Herkunftsmitgliedstaat die Niederlassung seiner eigenen Staatsangehörigen in einem anderen Mitgliedstaat behindert. Art. 43 EG verbiete zudem auch geringfügige oder unbedeutende Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit; dies gelte auch in Bezug auf steuerrechtliche Vorschriften. Die Mitgliedstaaten müssten nämlich ihre Befugnisse im Bereich der direkten Steuern unter Wahrung des Gemeinschaftsrechts ausüben.

Die in Rede stehende Regelung sei auch geeignet, die Niederlassungsfreiheit zu beschränken. Diese Beschränkung könne zwar durch das zwingende Allgemeininteresse, Steuerflucht vorzubeugen, gerechtfertigt werden, jedoch gehe die Massnahme über das hinaus, was zur Erreichung des Ziels erforderlich sei.

Damit verbietet Art. 43 EG es den Mitgliedstaaten, zur Vorbeugung der Steuerflucht eine Regelung einzuführen, nach der latente Wertsteigerungen besteuert werden, wenn ein Steuerpflichtiger seinen steuerlichen Wohnsitz ins Ausland verlegt.

## 2. Bezug zur Rechtslage in der Schweiz

Die Ausführungen des Gerichtshofs zur tatbestandlichen Einschlägigkeit des Art. 43 EG sowie zu den Anforderungen an die Rechtfertigung eines Eingriffs in die Niederlassungsfreiheit stellen im Wesentlichen eine Anwendung bekannter Grundsätze der Rechtsprechung dar und dürften sich daher auch auf das Abkommen mit der Schweiz übertragen lassen<sup>71</sup>.

## E. Schlussbemerkung

Insgesamt verdeutlichen die in diesem Beitrag besprochenen Urteile des EuGH sowie ihre Auswirkungen für Auslegung und Anwendung des Freizügigkeitsabkommens einmal mehr, dass der Rechtsprechung im Ergebnis – trotz des Art. 16 Abs. 2 FZA, wonach die Rechtsprechung des EuGH nur bis zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens zu beachten ist – eine kaum zu überschätzende Bedeutung zukommen dürfte. In aller Regel wird sie wohl auch im Rahmen des FZA Beachtung finden. Damit zeigt sich auch im Rahmen des „bilateralen Weges“ ein gewisser dynamische Charakter jedenfalls des Personenfreizügigkeitsabkommens.

<sup>70</sup> EuGH, Urteil v. 11.3.2004, Ts. C-9/02, *Hughes de Lasteyrie du Saillant*, noch nicht in amtl. Slg.

<sup>71</sup> Vgl. insb. EuGH, Rs. C-221/89, *Factortame*, Slg. 1991, I-3905. Ausführlich zu Wohnsitz- und Staatsangehörigkeitserfordernissen und ihrer Vereinbarkeit mit dem FZA: *Thomas Cottier/Mathias Krafft/Peter Locher/Roland von Büren*, Sind Nationalitäts- und Wohnsitzerfordernisse für Gesellschaftsorgane mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz vereinbar?, REPRAX 2004, 1.



In punktueller Hinsicht sei noch bemerkt, dass aufgrund der Übernahme eines Teils des *acquis communautaire* im Bereich der Personenfreizügigkeit das auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens relevante Gemeinschaftsrecht immer schwerer einzugrenzen sein wird. Insbesondere dürfte es schwierig sein, die die Unionsbürgerschaft betreffenden Aspekte von vornherein auszuklammern: Denn das Freizügigkeitsabkommen übernimmt ja gewisse Teilaspekte der den Unionsbürgern gewährten Rechte, nämlich die Freizügigkeit, so dass insoweit wohl auch in der Rechtsprechung des EuGH der Unionsbürgerschaft „zugeordnete“ Grundsätze im Rahmen des Abkommens von Bedeutung sein können.